



Warszawa, dnia 07.12.2020 r.

Znak sprawy: WZP/WI/D-332-47/20

**Uczestnicy postępowania o udzielenie
zamówienia publicznego**

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę macierzy poprzez dostawę dysków” (nr sprawy: WZP/WI/D-332-47/20)

W związku z wniesionym zapytaniem do treści SIWZ obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 38 ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p), Zamawiający udziela poniższych odpowiedzi:

Pytanie nr 1:

W związku z wymogiem postawionym przez Zamawiającego w załączniku nr 3 SIWZ w projekcie umowy w par.1. ust.4 :

**„ Wykonawca oświadcza, że w momencie dostawy dostarczy do urzędnika
Certyfikat Pochodzenia lub inny dokument wystawiony przez producenta
(zawierający m.in. dane produktu pozwalające na jego identyfikację”**

W związku z w/w zapisem informujemy Zamawiającego, że prawnym regulującym w Polsce sposób udzielania zamówień publicznych oraz prawa i obowiązki stron biorących udział w tych postępowaniach jest Prawo Zamówień Publicznych. Ustawa ta powstała w zgodzie z rozporządzeniami i dyrektywami Parlamentu Europejskiego i określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Podstawowe dokumenty Unii Europejskiej regulujące kwestię udzielania zamówień publicznych to Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych

W przepisach wymienionych powyżej jest zakaz dyskryminacji dostawców lub wykonawców ze względu na otrzymanie specjalnego oświadczenia producenta oraz nakaz równego traktowania wszystkich uczestników postępowania.



Wymagane przez Zamawiającego oświadczenie producenta jest wydawane uznaniowo tylko dla wyznaczonych przez producenta wykonawców do obsługi danego przetargu czyli w praktyce dla jednego lub dwóch wykonawców co oznacza że Państwa postępowanie przetargowe jest decydowane u producenta sprzętu a nie przez Zamawiającego oraz oznacza że wprowadzacie Państwo do umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą trzeci podmiot – producenta, który de facto może zdecydować o ważności tej umowy.

W związku z powyższym ten zapis dotyczący konieczności posiadania dodatkowego oświadczenia producenta jest bezprawny.

Jeżeli dostarczony sprzęt objęty będzie wymaganymi warunkami gwarancji to Zamawiający nie ma prawa wskazywać na ściśle określony zakup potwierdzony dodatkowo specjalnym oświadczeniem producenta które jest wydawane bardzo rzadko i dla ściśle umówionych z przedstawicielami producenta w Polsce Wykonawców. Być może Zamawiający nie zdaje sobie sprawy że wprowadzając taki warunek do postępowania (preferujący jedynie jednego, dwóch wyznaczonych Wykonawców) powoduje znaczne zawyżenie ceny zamówienia ponieważ w ten sposób przetarg już jest rozstrzygnięty wcześniej przez przedstawiciela producenta i może on bardzo dowolnie podwyższać cenę przedmiotu zamówienia.

Prosimy zatem o zmianę obecnego stanowiska Państwa wyrażonego SIWZ oraz potwierdzenia, że dopuszczają Państwo sprzęt zakupiony przez legalny kanał sprzedaży jeśli będzie objęty wymaganą przez Państwa gwarancją w Polsce bez dodatkowego wymogu posiadania oświadczenia producenta.

Obecny zapis narusza przepisy art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, naruszają również art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o dokonanie zmian w SIWZ tak aby umożliwiło to przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji uczestników oraz równe ich traktowanie, w konsekwencji aby pozostawało w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Odpowiedź nr 1: Wymagania Zamawiającego nie zostały określone w celu ograniczenia konkurencyjności, eliminacji lub dyskryminacji Wykonawców na co wskazuje Wykonawca w treści zarzutów, lecz ze względu na konieczność dotrzymania warunków określonych w umowie serwisowej na użytkowane macierze, które objęte są gwarancją do 2026 r.

W ocenie Zamawiającego najważniejszym sposobem rozbudowy sprzętu jest korzystanie z zalecanych przez producenta warunków rozbudowy macierzy objętej rozszerzonym wsparciem technicznym producenta. Zamawiający zobowiązany jest zapobiec ryzyku awarii bądź uszkodzenia wynikającego z zainstalowania komponentów, które nie są objęte rozszerzonym wsparciem producenta w ramach obecnie obowiązującej umowy serwisowej.

Dla Zamawiającego oczywistym jest, że na wycenę oferty wpływa nie tylko sam koszt sprzętu, jego utrzymania i montażu ale także koszt serwisu i gwarancji. Dlatego też Wykonawca musi skalkulować należycie wszystkie elementy mające wpływ na wysokość ceny ofertowej. Zamawiający ma prawo stawiać wysokie wymagania w zakresie serwisu i gwarancji, jednocześnie zdając sobie sprawę, iż oferty złożone przy takich założeniach będą droższe cenowo, niż przy łagodniejszych wymogach w zakresie ww. parametrów.

Zgodnie z wymaganiem wskazanym przez Zamawiającego w § 1 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wykonawca oświadcza, że w momencie dostawy dostarczy do urządzenia *Certyfikat Pochodzenia lub inny dokument wystawiony przez producenta (zawierający m.in. dane produktu pozwalające na jego identyfikację np. kod produktu, numer seryjny itp.) potwierdzający, że dostarczony produkt: jest fabrycznie nowy, jest oznakowany symbolem CE, pochodzi z autoryzowanej sieci sprzedaży – oficjalnego kanału sprzedaży na rynek europejski i podlega pełnej obsłudze gwarancyjnej i pogwarancyjnej producenta na terenie Polski*”.

Na wstępie należy wskazać, że dokumenty wymienione w powyższym zapisie muszą zostać złożone wyłącznie przez Wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, po zawarciu umowy. Żaden Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku przedstawiać wskazanych dokumentów, jak również wymaganych informacji na etapie składania oferty.

Ponadto, Zamawiający nie wymaga konkretnego dokumentu o nazwie Certyfikat Pochodzenia ale dopuszcza również każdy inny dokument, który będzie zawierał wymagane informacje.

W ocenie Zamawiającego zarzut wskazujący na to, iż tego rodzaju dokumenty wydawane są przez producenta urządzeń 1 lub 2 Wykonawcom, którzy następnie jako jedyni mogą wziąć udział w postępowaniu jest zdecydowanie zarzutem nadmiernym. Zamawiający weryfikował powyższą informację, m.in. na podstawie konsultacji z podmiotami, które dostarczały różnego rodzaju sprzęt, jak również konsultacji z samymi producentami sprzętu, którzy niezwykle rzadko samodzielnie startują w tego typu postępowaniach ale bardzo często biorą udział w realizacji zamówienia, np. świadcząc serwis/gwarancję na dany sprzęt. Żaden z podmiotów nie potwierdził, że tego rodzaju praktyki są stosowane. Z powyższego wynika, że kwestionowany zapis nie ogranicza możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Należy również wskazać, że Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania sprzętu różnych producentów, co nawet przy częściowych ograniczeniach, o których pisze Wykonawca prowadzi do wniosku, że ofertę może złożyć wiele różnych podmiotów.

Zamawiający ma obowiązek przypomnieć Wykonawcy, że prawem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z tymi potrzebami, a fakt, iż dostarczenie sprzętu o określonych parametrach stanowi trudność dla konkretnego Wykonawcy nie jest podstawą do uznania, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Kwestionowany zapis był wykorzystywany przez Zamawiającego w innych postępowaniach na zakup sprzętu komputerowego, sieciowego, oprogramowania, itp. i w żadnym z nich nie został zakwestionowany przez uczestników postępowania. Powyższe również stanowi argument potwierdzający, że ograniczenie konkurencyjności w skali, o której pisze Wykonawca, nie występuje.

Na Zamawiającym ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, z którym sprzężone są uprawnienia do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Nie oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich. Działanie takie sprowadzałoby się to do dopasowywania przetargów do ofert handlowych Wykonawców a nie do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie musi dopuszczać do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów działających w danej branży. Powyższe potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) z dnia 15 czerwca 2016 r. (sygn. KIO 969/16), gdzie wskazano *„Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie odpowiada części wykonawcom, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekraczające jakąkolwiek konkurencję. Podkreślenia wymaga, iż zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia”*. W innym wyroku Izby z 16 lutego 2018 r. (sygn. KIO 155/18) wskazano, że *„Orzecznictwo w sposób niebudzący wątpliwości rozstrzygnęło, że obowiązek przestrzegania ustawowych reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby, w tym również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający, nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji”*. Z powyższego wprost wynika, że nie doszło do naruszenia art. 7 ustawy P.z.p.

Wykonawca zarzuca również Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. Należy wskazać, że art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p. nie dotyczy żadnej z kwestii poruszonych przez Wykonawcę. Zgodnie z treścią przywołanego artykułu *„Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności: (...)”*. Zamawiający absolutnie nie wskazywał na tego rodzaju ograniczenia. Być może Wykonawca miał na myśli art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia*

zainteresowania". Jednakże wskazany artykuł ściśle odnosi się do art. 22 ust. 1b tejże ustawy, gdzie wskazano, że „Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej”.

Zamawiający nie określał żadnych warunków udziału w postępowaniu wskazując, że „Zamawiający nie określa szczególnych warunków udziału w postępowaniu w tym [każdym] zakresie oraz nie wymaga od Wykonawców złożenia innych środków dowodowych niż oświadczenie, o którym mowa w pkt 17.1.1 SIWZ”. Tym samym zarzutu tego również nie można uznać za zasadny.

Następnie Wykonawca zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Żaden z zarzutów Wykonawcy nie kwestionuje, że przedmiot zamówienia został opisany we wskazany sposób. Merytoryczna treść zastrzeżeń Wykonawca wskazuje zdecydowanie na rzekome naruszenie art. 29 ust. 2 tejże ustawy. Zamawiający przypomina, że zgodnie z m.in. cytowanym wyżej wyrokiem KIO „(...) w celu wykazania, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp należy uprawdopodobnić, że wymagania określone przez Zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 277/10, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. akt XII Ga 152/12). Aby zatem skutecznie stawiać zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp, nie można ograniczać się do argumentacji, że dany wykonawca nie może wykonać zamówienia, ale należy raczej kwestionować zbyt wygórowane i nieskorelowane z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego warunki”. Zamawiający nie może uznać zarzutów Wykonawcy za zasadne skoro Wykonawca nie sprostął ciężącemu na nim obowiązki wykazania, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie znajdujący oparcia w jego rzeczywistych, uzasadnionych potrzebach.

W związku z powyższym Zamawiający nie widzi podstaw do usunięcia kwestionowanego przez Wykonawcę zapisu. Niemniej jednak wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza rozszerzenie wskazanego wymagania w zakresie możliwości wystawienia opisanego dokumentu nie tylko przez producenta ale również przez autoryzowanego dystrybutora producenta na rynek Polski.

Niniejsza odpowiedź zostanie niezwłocznie doręczona Wykonawcom, którzy otrzymali SIWZ w formie papierowej oraz zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Udzielone wyjaśnienia zostaną dołączone do SIWZ i będą stanowiły jej integralną część.

z up. p.o. Dyrektora MJWPU
Kierownik Wydziału Zamówień Publicznych

Michał Kosior

(podpis Kierownika Zamawiającego
lub osoby upoważnionej)

Sprawę prowadzi:
Michał Kosior
tel. 22 542 20 92
fax. 22 698 31 44/57
email: m.kosior@mazowia.eu